

**WYROK**  
**z dnia 11 sierpnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2016 roku przez wykonawcę: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka nr 9, 01-518 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Rybaki 31/35, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy: **MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu, ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu kwotę **3 684 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy),** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Likwidacja osiedlowej oczyszczalni ścieków wraz z budową tłoczni ścieków, kanału tłoczego i wodociągu do OM Czerniewice*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016/S 067-116413. Zamawiający w dniu 18 lipca 2016 roku – za pośrednictwem faksu – przesłał informację o czynności stanowiącej podstawę wniesionego odwołania.

W dniu 28 lipca 2016 roku wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego pomimo, iż przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w niniejszym postępowaniu;
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, celem usunięcia ewentualnych wątpliwości co do treści jego oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego pomimo, iż oferta ta odpowiada treści SIWZ;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza i wybór oferty MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego

bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający w dniu 18 lipca 2016 roku poinformował go o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ, a jednocześnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że warunki szczególne kontraktu *„nie dopuszczają możliwości podzlecenia całości Robót a dopuszczalną kwotę wynagrodzeń dla podwykonawców dot. stricte robót budowlanych ustala się na poziomie 60% zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”*.

Zdaniem odwołującego, jego oferta jest zgodna z SIWZ. Odwołujący podniósł, iż zamawiający w pkt IX SIWZ pn.: *„Podwykonawstwo”* wskazał, że *„wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie tej części zamówienia, której realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie niniejszego nastąpi w Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ”*. Podkreślił też, że zamawiający nie określił w SIWZ obowiązku przedstawienia w ofercie przez wykonawców procentowego udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, w tym w zakresie robót budowlanych. W ocenie odwołującego miał on dowolność w ustaleniu w zakresie rzeczowym jaki procent prac w ramach danych robót powierzy podwykonawcom, a jaki wykona w siłach własnych, dlatego też wskazał w pkt 11 oferty, że zamierza powierzyć podwykonawcom *„wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”*. Odwołujący stwierdził, że w ofercie nie wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom 100 % zamówienia (ani też inny procent, chociażby 60 %, czy 80 %) – ani w zakresie rzeczowym (tj. w ramach zakresu rzeczowego zamówienia), ani w zakresie finansowym (tj. wartości zamówienia). Odwołujący wyjaśnił, że na przedmiot zamówienia składają się głównie prace polegające na wykonaniu wodociągu i kanalizacji sanitarnej metodą bezrozkopową, przy czym firmy podwykonawcze specjalizujące się w realizacji tego typu prac ograniczają się jedynie do wykonania roboty polegającej na wykonaniu przewiertu, bez dodatkowych robót, niezbędnych do wykonania takich przewiertów. Odwołujący wskazał, iż założył, że prace koordynujące przewiertu wykona we własnym zakresie (tj. w siłach własnych) poprzez ich

właściwe przygotowanie, na które składa się m.in. rozebranie nawierzchni, wykonanie wykopu wraz z jego umocnieniem, utylizacja płuczki bentonitowej, montaż węzłów, zasypanie wykopów wraz z demontażem umocnienia. Podniósł, iż roboty te będą wykonywane w całości w siłach własnych i z tego też powodu w treści swojej oferty zastrzegł, że m.in. koordynacja jest w całości po stronie wykonawcy (tj. w tym zakresie w 100 %), przez użycie sformułowania: „z wyłączeniem koordynacji”, co potwierdza też załączony do odwołania dowód w postaci oferty podwykonawcy robót budowlanych na wykonanie przedmiotowych przewiertów (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący ponadto wyjaśnił, że również roboty w ramach pozostałych branż, tj. drogowej (m.in. rozbiórka i odtworzenie nawierzchni, plac manewrowy wokół tłoczni ścieków), wodno-kanalizacyjnej (za wyjątkiem przewiertów sterowanych) oraz konstrukcyjnej (rozbiórka istniejącej oczyszczalni ścieków) wykona częściowo w siłach podwykonawczych, a częściowo w siłach własnych - w różnych procentach. Dlatego też wskazał, że wszystkie roboty powierzy podwykonawcom, a zatem wszystkie „po trochu” lub „całkowicie” (przewierty) - za wyjątkiem robót związanych z koordynacją przewiertów, które założył, że wykona w 100% w siłach własnych (stąd też wyraźne zastrzeżenie w ofercie). Zauważył, że skoro zamawiający nie przewidział w SIWZ, aby wykonawca wskazał w zakresie rzeczowym udział wykonawcy w realizacji tych robót, odwołujący nie miał obowiązku ich wskazywania, tym bardziej, że formularz oferty nie zawierał takiej rubryki i miał prawo do wskazania, że każda z pozostałych branż zostanie powierzona do wykonania (przynajmniej w części) podwykonawcom.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazywał na niejasność treści SIWZ z postanowieniami Warunków Kontraktu. Podkreślił, że pkt IX SIWZ nie zawiera zakazu powierzania wszystkich robót budowlanych podwykonawcom. A zatem, skoro zamawiający nie zakazał powierzania wszystkich robót budowlanych podwykonawcom, to należy uznać, że jest to dopuszczalne. Odwołujący powołał się również na przepis art. 36 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi i stwierdził, że zamawiający nie zawarł w SIWZ takiego zakazu, ani też nie nakazał wykonania określonych części zamówienia w siłach własnych, a tym samym wykonawcy mogli powierzyć podwykonawcom wykonanie wszystkich robót budowlanych. Odwołujący ponadto podkreślił, że klauzula 4.4., w której znalazł się m.in. zapis: „Wykonawca nie podzleci całości Robót”, znajduje się w projekcie umowy (w Warunkach Kontraktu), czyli zapis ten dotyczy etapu realizacji, a nie etapu oferowania. Z kolei pkt IX SIWZ dotyczy etapu oferowania i składając ofertę odwołujący sugerował się postanowieniami SIWZ, które nigdzie nie zawierały zakazu podwykonawstwa. Z ostrożności, odwołujący wskazał także na niespójność

pomiędzy treścią pkt IX SIWZ, a treścią klauzuli 4.4. Warunków Kontraktu, co w jego ocenie prowadzi do powstania wątpliwości w zakresie warunków i wymagań zamawiającego. Podkreślił, że wszelkie wątpliwości w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinno się tłumaczyć na korzyść wykonawcy, na potwierdzenie czego powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. wydany w sprawie o sygn. akt: IV CSK 95/07.

Następnie odwołujący zauważył, iż oświadczenie wykonawcy o powierzeniu prac podwykonawcom nie jest oświadczeniem ostatecznym i często ulega zmianie na etapie realizacji umowy. Stwierdził, że na etapie oferowania wykonawcy często wskazują, iż zamierzają wykonać zamówienie siłami własnymi, natomiast na etapie realizacji wprowadzają na plac budowy podwykonawców, jak również wykonawcy często wskazują w ofercie podwykonawców, a później realizują zamówienie siłami własnymi, co jest praktyką dopuszczalną przez zamawiających i w pełni zgodną z prawem. Odwołujący wskazał, że zmiana umowy w tym zakresie jest traktowana jako zmiana nieistotna i na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w pełni dopuszczalna, gdyż nie wpływa na krąg potencjalnych podmiotów ubiegających się o dane zamówienie. W ocenie odwołującego, zakaz wynikający z pkt 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu należy przestrzegać, ale dopiero na etapie realizacji zamówienia, przy czym w formularzu ofertowym zaakceptował w pełni postanowienia umowne, co oznacza, iż ma zamiar stosowania się do tego zakazu na etapie realizacji zamówienia.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że w swojej ofercie użył słowa „roboty”, a nie „Roboty” oraz podkreślił, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że definicje zawarte Warunkach Kontaktów należy stosować już na etapie oferowania. A nawet jeśli przyjąć, iż definicje określone w Warunkach Kontaktów należy stosować już na etapie oferowania, to zamawiający posłużył się w klauzuli 4.4. Warunków Kontraktu słowem „Roboty, definiując je jako: *„Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe, lub którekolwiek z nich według potrzeb. Roboty oznaczają równocześnie budowę i roboty budowlane, zgodnie z art. 3 pkt 6) i pkt 7) Prawa Budowlanego, a także prace projektowe niezbędne do wykonania i ukończenia Robót”*, natomiast odwołujący posłużył się określeniem „roboty”, przez co nie można uznać, że nadał słowu „roboty” takie same znaczenie jak „Roboty”. W jego ocenie także nadawanie przez zamawiającego słowu „roboty” znaczenia przypisanemu słowu „Roboty” nie znajduje żadnego uzasadnienia w zapisach SIWZ, a tym bardziej podstawy prawnej. Odwołujący podkreślił, że zamawiający, wobec niejednoznacznych postanowień SIWZ, nie może wywodzić z tego niekorzystnych skutków dla odwołującego, zwłaszcza tych najdalej idących w postaci odrzucenia oferty.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że zamawiający błędnie założył, iż wynagrodzenie dla podwykonawców robót budowlanych przekroczy 60% Zatwierdzonej

Kwoty Kontraktowej, co stanowiło również przyczynę odrzucenia oferty. Odwołujący wyjaśnił, iż łączna wartość wynagrodzeń za roboty budowlane, które zostaną powierzone podwykonawcom (robót budowlanych) będzie wynosiła około 27% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, a zatem suma wynagrodzeń podwykonawców robót budowlanych i ewentualnych dalszych podwykonawców robót budowlanych nie przekracza 60 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Jego zdaniem odrzucenie złożonej przez niego oferty także na tej podstawie jest bezpodstawne. Nadto, z ostrożności, odwołujący potwierdził, iż również suma wynagrodzeń dla podwykonawców oraz dalszych podwykonawców robót budowlanych oraz podwykonawców umów, których przedmiotem są usługi i dostawy nie będzie większa niż 80% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Odwołujący podniósł ponadto, że odrzucenie jego oferty nie zostało poprzedzone żadnym wezwaniem do wyjaśnienia treści jego oferty, w szczególności czy powierzy podwykonawcom całe zamówienie (w tym całość robót) oraz czy kwota wynagrodzeń dla podwykonawców i dalszych podwykonawców robót budowlanych będzie większa niż 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, które to zaniechanie zamawiającego narusza przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku wątpliwości zamawiającego odnośnie treści złożonej oferty przed podjęciem decyzji co do jej odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający powinien najpierw zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważył także, iż ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala zamawiającym na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Odwołujący podniósł, że uprawnienie zamawiającego dotyczące możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zmienia się w jego obowiązek w momencie, gdy treść oferty jest niejasna i nieprecyzyjna. Zamawiający dla zachowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich niejasności. Zdaniem odwołującego, jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości czy oferta przez niego złożona jest zgodna z treścią SIWZ lub czy powierzy podwykonawcom całe zamówienie (w tym całość robót) oraz czy kwota wynagrodzeń dla podwykonawców i dalszych podwykonawców robót budowlanych będzie większa niż 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, powinien wezwać odwołującego do ich wyjaśnienia.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że postępowanie zamawiającego sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, która jest najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2016 roku - w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego - złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [zwanego dalej: „przystępującym”].

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 29 lipca 2016 roku – za pośrednictwem faksu oraz poczty elektronicznej – przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią. Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy: MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu, doręczone zostało - w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 roku, tj. w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawił dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*



*naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], oferty złożonej przez odwołującego, zawiadomienia o wynikach postępowania oraz dokumentów złożonych przez odwołującego w postaci: oferty handlowej potencjalnego kontrahenta załączonej do odwołania (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) i dokumentów złożonych w toku rozprawy, tj. arkusza wyceny, tabeli dotyczących wartości robót budowlanych (od 1 do 3), notatki służbowej z dnia 8.08.2016 roku dotyczącej ustalenia daty modyfikacji i stanu pliku – Wycena oraz wydruku z Systemu Ewidencji Oferty SKANSKA (Wydruk z SEOS).

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. w odwołaniu z dnia 28 lipca 2016 roku, w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 8 sierpnia 2016 roku, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 9 sierpnia 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych z elementami projektowania wchodzących w zakres Kontraktu Z-2/W „Likwidacja osiedlowej oczyszczalni ścieków wraz z budową tłoczni ścieków, kanału tłoczno i wodociągu do OM Czerniewice” zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Budowy dla robót inżyniersko – budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, czwarte wydanie angielsko – polskie niezmiennione 2008, tłumaczenie pierwszego angielskiego oryginału wydanego w 1999 roku przez Międzynarodową Federację Inżynierów – Konsultantów (FIDIC).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że nie odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający powołał się na Warunki Szczególne Kontraktu (Załącznik nr 2 do SIWZ), w tym na klauzulę 4.4, 1.1.5.8, 1.1.4.1. Zamawiający podniósł, że wykonawca w pkt 11 „Formularza Oferty” oświadczył, że „[...] następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom – Wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”. Następnie zamawiający stwierdził, że: „W związku z powyższym oferta firmy SKANSKA S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ, która

*nie dopuszcza możliwości podzlecenia całości Robót a dopuszczalną kwotę wynagrodzeń dla Podwykonawców dot. stricte robót budowlanych ustala się na poziomie 60% zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”.*

W pkt IX SIWZ dotyczącym podwykonawstwa zamawiający wskazał, iż: *Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie tej części zamówienia, której realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie niniejszego nastąpi w Formularzu Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ.*

W Załączniku nr 2 do SIWZ – *Wzór Umowy* – w *Warunkach Szczególnych Kontraktu* w klauzuli 4.4 zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Wykonawca nie podzleci całości Robót”* i w lit. d) wskazał na dodatkowe wymagania w zakresie umów o podwykonawstwo, iż: *„suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych oraz wykonawców umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy nie może być większa niż 80% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych nie może być większa niż 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”.*

Zgodnie z klauzulą 1.1.4.1 *„Zatwierdzona Kwota Kontraktowa”* oznacza kwotę zatwierdzoną w *Akcie Umowy*, należną do zapłaty za wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad”.

Z kolei definicję „Robót” określa klauzula 1.1.5.8, zgodnie z którą oznaczają one: *„Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe, lub którekolwiek z nich według potrzeb. Roboty oznaczają równocześnie budowę i roboty budowlane, zgodnie z art. 3 pkt 6) i 7) Prawa budowlanego, a także prace projektowe niezbędne dla wykonania i ukończenia Robót.”.*

Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest prawidłowa.

Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Odwołujący w Formularzu Oferty w pkt 11 zawarł jednoznaczne oświadczenie stwierdzając, iż następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom – *„Wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”.*

Użyte przez odwołującego słowo „wszystkie” jest jednoznaczne i w sposób oczywisty wyraża zamiar odwołującego. Argumentacja odwołującego podnoszona zarówno

w odwołaniu, jak i na rozprawie nie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie. Z przedmiotowego bowiem oświadczenia nie sposób wywodzić jakichkolwiek innych wniosków, aniżeli takich, iż wykonawca zamierzał wszystkie roboty powierzyć podwykonawcom, za wyjątkiem koordynacji i kierowania tymi robotami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że słownik języka polskiego PWN definiuje koordynację jako „organizowanie działań wykonywanych wspólnie przez wiele osób”, zaś kierowanie jako „zarządzanie kimś, czymś, stanie na czele czegoś lub wskazywanie komuś sposobu postępowania”. Stwierdził ponadto, iż w przypadku posługiwania się przez wykonawców pojęciami nieużywanymi przez zamawiającego w SIWZ należy przyjąć powszechne rozumienie danego pojęcia, chyba, że wykonawca odmiennie zdefiniował je w treści oferty. Nie sposób nie zgodzić się z przywołanym stanowiskiem zamawiającego. Z oświadczenia odwołującego o treści, że zamierza wszystkie roboty powierzyć podwykonawcom, za wyjątkiem koordynacji i kierowania tymi robotami, nie wynika, że miałby on wykonywać inne czynności, aniżeli czynności o charakterze organizującym i zarządzającym, a na pewno nie wynika, że zamierza wykonywać osobiście roboty budowlane w ścisłym tego słowa znaczeniu rozumieniu, których zresztą definicję określa klauzula 1.1.5.8 Warunków Szczególnych Kontraktu. Argumentacja odwołującego, iż pod pojęciem koordynacji rozumiał również wykonanie pewnych robót budowlanych nie wynika w ogóle ze złożonego przez niego oświadczenia. Oferta handlowa kontrahenta, na którą powołuje się odwołujący, nie była załączona do oferty. To, że kontrahent zawarł stwierdzenie, iż cena nie obejmuje pełnej koordynacji prac rozumianej jako wykonanie pewnego rodzaju robót, w tym m.in.: w zakresie tyczenia trasy przewiertów, przygotowania komór startowych i odbiorczych geologicznych, inwentaryzacji infrastruktury podziemnej itd., nie oznacza, że w tym kontekście również zamawiający powinien interpretować oświadczenie odwołującego. Trudno bowiem wymagać od zamawiającego, aby powziął w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości co do znaczenia oświadczenia złożonego przez wykonawcę, brzmiącego przecież w sposób jednoznaczny, i wzywał go do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy treść złożonej oferty nie wskazywała, na możliwość jakiegokolwiek innego rozumienia złożonego oświadczenia. Wobec brzmienia klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, zawartych we Wzorce Umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (a zatem stanowiącym jej integralną część), iż: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” oraz wobec definicji tychże Robót zawartej w klauzuli 1.1.5.8, zamawiający słusznie uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie podziela też stanowiska odwołującego co do niejednoznaczności postanowień SIWZ w zakresie odnoszącym się do podwykonawstwa. Postanowienia te, w ocenie Izby, są jasne i w pełni zrozumiałe.

Natomiast co do kwestii dopuszczalnej sumy wynagrodzeń dla podwykonawców robót budowlanych, tj.: iż nie może ona przekraczać progu 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej to w tym zakresie Izba uznała, że na podstawie oferty złożonej przez odwołującego, zamawiający nie miał możliwości określenia czy faktycznie kwota wynagrodzeń dla podwykonawców robót budowlanych będzie przekraczać wymagany próg czy też nie.

Chociaż założenie poczynione przez zamawiającego jest prawdopodobne w kontekście oświadczenia odwołującego wyrażonego w pkt 11 oferty, to jednak z uwagi na brak jakichkolwiek danych w tym zakresie, a w szczególności z uwagi na brak szczegółowej kalkulacji (która w tym postępowaniu nie była wymagana), w tym brak danych choćby w stosunku do zakładanego zysku i poziomu innych kosztów, trudno uznać takie założenie za w pełni miarodajne i mające odzwierciedlenie w rzeczywistości. Nie było też żadnych wyjaśnień odwołującego w tym zakresie. Z tej przyczyny Izba nie uznaje, że ta przesłanka, jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego, jest uzasadniona.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na to, że odwołujący, sprzecznie z postanowieniami SIWZ, oświadczył, iż wszystkie roboty powierzy podwykonawcom, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwanego dalej: „*Rozporządzeniem*”.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2. Jednocześnie z § 3 pkt 2 Rozporządzenia wynika, że: Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:*

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby;*
- b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Natomiast z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 ww. Rozporządzenia wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się również wpis od odwołania, który w przedmiotowej sprawie wynosi 20 000 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 684 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z dojazdem na rozprawę, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**